ZEITSCHRIFT

FÜR DAS

PRIVAT-

UND

ÖFFENTLICHE RECHT

DER GEGENWART.

Unter ständiger Mitwirkung
von
Mitgliedern der Wiener juristischen Fakultät
herausgegeben von

DR. C. S. GRÜNHUT,
k. k. Hofrat, ord. Professor an der Universität Wien, Mitglied des Herrenhauses.

Sechsunddreißigster Band.

WIEN 1909.
ALFRED HÖLDER,
K. U. K. HOF- UND UNIVERSITÄTS-BUCHHÄNDLER
BUCHHÄNDLER DER KAISERLICHEN AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN
I., ROTENTURMSTRASSE 13.

I.

Jurisprudenz und Sozialwissenschaft.

Von Prof. Dr. **Ludwig Spiegel.***)

Zu den allerwichtigsten Erscheinungen und Faktoren des sozialen Lebens gehört sicherlich das Recht. Ihrem Gegenstande nach ist also die Rechtswissenschaft gewiß eine Sozialwissenschaft. Trotzdem empfinden wir Sozialwissenschaft und Jurisprudenz mehr oder minder lebhaft als Gegensätze. Der Grund liegt darin, daß beide Wissenschaften mit verschiedenen Methoden arbeiten. Die Sozialwissenschaft verfährt deskriptiv, induktiv, die Rechtswissenschaft dogmatisch, deduktiv. Der verschiedenen Methode entspricht denn auch die Ungleichartigkeit der Ergebnisse. Die Sozialwissenschaft muß sehr vorsichtig zu Werke gehen. Es handelt sich da um Resultate der Beobachtung und noch dazu der Beobachtung überaus komplizierter, schwer faßbarer Vorgänge und Verhältnisse. Man muß da immer mit Fehlerquellen rechnen, man muß, wo es nicht anders geht, Hypothesen aufstellen. Und selbst dort, wo man ein festes Ergebnis gewonnen zu haben glaubt, muß man jederzeit bereit sein, es zu opfern, wenn es sich bei schärferer Prüfung oder, weil das Beobachtungsgebiet erweitert worden ist, als unrichtig erweist. Die unendliche und niemals vollständig übersehbare Tatsachenwelt ist es eben, mit der sich die Sozialwissenschaft beschäftigt, mit der sie sich unaufhörlich auseinanderzusetzen bemüht sein muß. Ganz anders arbeitet der Jurist. Er tritt mit der denkbar größten Sicherheit auf. Der Rechtsstoff ist ihm etwas Festes, Gegebenes. Er hat ihn nur zu verarbeiten. Und bei dieser Ver-

*) Nach einem im Deutschen Verein für Sozialwissenschaft in Prag am 27. Mai 1908 gehaltenen Vortrage.

arbeitung, bei der konstruktiven Tätigkeit verfährt er mit der größten Präzision. Er formuliert haarscharfe Begriffe, er operiert mit den feinsten Distinktionen — in halbvergangener Zeit pflegte man noch zu sagen: Er rechnet mit Begriffen, wie der Mathematiker mit Zahlen.[1]) Dieser Vergleich ist sehr bezeichnend. Man kann sich kaum größere Gegensätze denken als Sozialwissenschaft und Mathematik. Auf der einen Seite die Wissenschaft des so vielgestaltigen und unaufhörlich im Flusse befindlichen sozialen Lebens, welches der exakten Beobachtung auf Schritt und Tritt Hindernisse in den Weg legt, und auf der anderen Seite eine Theorie, die mit festen Größen arbeitet, von Denknotwendigkeiten ausgeht und darum zu unfehlbaren Resultaten gelangt. Stellen wir die Jurisprudenz der Mathematik zur Seite, dann ist sie durch eine tiefe Kluft von der Sozialwissenschaft getrennt.

Da entsteht nun freilich die Frage: Wenn das Recht wirklich eine soziale Erscheinung ist, wie kann es sich so sehr von allen anderen sozialen Erscheinungen unterscheiden? Wo sind denn im sozialen Leben die scharfen Grenzen, die Ecken und Winkel, die uns das Rechtsgebäude zeigt? Wie ist es möglich, daß sich das Recht von allen Eigentümlichkeiten des sozialen Lebens, ja des Lebens überhaupt so sehr emanzipiert hat, daß es sich von der Theorie widerspruchslos in ein festes System pressen läßt? Den Juristen wird diese Frage nicht einen Augenblick in Verlegenheit bringen. Er wird uns antworten, daß es ja gerade die Aufgabe des Rechts ist, dort scharfe Grenzen zu ziehen, wo sie im Leben nicht gezogen sind. Das Recht hat eben die Funktion, die verschiedenen Rechtskreise gegeneinander genau abzugrenzen. Und daraus ergibt sich auf privatrechtlichem Gebiete der

---

[1]) Gegen diese Parallele Ihering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, S. 10, 342. Savigny (Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 3. Aufl., S. 29) hat den römischen Juristen nachgerühmt, „daß sie mit ihren Begriffen rechnen“. Im Zusammenhange damit steht seine Ansicht, daß sich bei diesen Juristen weit weniger „Individualität“ finde, als in irgend einer anderen Literatur. Bekker, Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft, S. 118, sieht hierin einen „kolossalen Bock des Vaters der historischen Schule, der nur aus gröblicher Unaufmerksamkeit beim Lesen der Quellen und aus Mangel an historischem Sinne überhaupt . . . zu erklären ist“.

Gegensatz von juristischer und wirtschaftlicher Auffassung der Lebensverhältnisse, auf staatsrechtlichem der Gegensatz von juristischer und politischer Betrachtungsweise. Wenn der Nationalökonom die Arbeit den Sachgütern anreiht und sie als Verkehrsgegenstand behandelt, wenn er von einem Arbeitsmarkt spricht, so sagt der Zivilist: Das ist eine wirtschaftliche Betrachtung der Dinge. Denn Sache im Rechtssinne kann nur ein scharf abgegrenztes, sinnenfälliges Ding der Außenwelt sein. Und wenn man konstatiert, daß es zwischen Monarchien und Republiken zahlreiche Übergänge gibt, daß es Monarchien gibt, in denen der Monarch kein entscheidendes Wort mitzureden hat, und umgekehrt Republiken mit einem überaus mächtigen Präsidenten an der Spitze, so sagt der Jurist wiederum: So sehen die Dinge politisch aus. Juristisch kommt es nicht auf die Macht-, sondern nur auf die Rechtsverhältnisse an. Dem Rechte ist die scharfe Formulierung und Absonderung der einzelnen Begriffe wesentlich.

Das wäre also eine Antwort, aber, wie ich glaube, keine befriedigende. Denn wenn auch zugegeben werden mag, daß scharfe Grenzen für das Recht sehr wünschenswert sind, so bleibt noch immer unerklärt, wie es kommt, daß das Rechtsleben, also das, was ich die soziale Erscheinung des Rechts genannt habe, diesem Postulate entspricht. Anderen Postulaten gegenüber zeigt sich ja das Leben durchaus nicht gefügig. Aber auch mit diesem Einwand treiben wir den Juristen nicht in die Enge. Er wird darauf verweisen, daß das Rechtsleben in der Tat dem Rechte nicht zu entsprechen braucht und auch vielfach nicht entspricht, daß es aber der Jurist gar nicht mit dem Rechtsleben, sondern mit dem Rechte selbst zu tun hat. Und das Recht gilt ganz unabhängig davon, ob es auch im konkreten Falle verwirklicht wird. Hier ist denn auch der Punkt, wo sich Sozial- und Rechtswissenschaft voneinander trennen. Die Rechtswissenschaft kehrt sich vom Leben ab und widmet sich dem Recht. Wiederum muß man fragen: Woher kommt dieser Gegensatz von Recht und Rechtsleben? Ist er wirklich schon dadurch gegeben, daß der Einzelne mitunter rechtswidrig handelt? So ist ja der Jurist geneigt die Sache aufzufassen. Die Rechtsnorm besteht, auch wenn sie

von dem oder jenem übertreten wird. Das Leben setzt sich eben über das Recht hinweg, ohne daß dieses dadurch auch nur das Geringste von seiner Geltung einbüßt. Aber ich glaube, daß diese Erscheinung für sich allein den Gegensatz von Recht und Rechtsleben nicht zu erklären vermag. Abnormale Erscheinungen sind ja im sozialen und auch im individuellen Leben des Menschen etwas Alltägliches und Allbekanntes. Wir wissen sehr wohl, wann das Verhalten eines Menschen normal und wann es abnormal ist, wann es den Anforderungen der Sittlichkeit, der Sitte, des guten Tons, des Geschmacks, des Anstands entspricht und wann es ihnen widerstreitet, wir wissen den physisch oder psychisch gesunden Menschen vom kranken zu unterscheiden, wir trauen uns ein Urteil darüber zu, ob jemand eine Sprache richtig oder falsch spricht usw. Auch nicht im Traum wird es uns einfallen, die Sprache als soziale Erscheinung zu leugnen, weil es Leute gibt, die sich nicht an die Sprachregeln halten. Kommen wir auf den Fall der Rechtswidrigkeit zurück, so kann sich gerade hier das Recht als eine lebendige Macht dadurch bewähren, daß die Rechtswidrigkeit als solche konstatiert und in irgend einer Weise, z. B. durch die Strafe, geahndet wird. Das Rechtsleben weist nicht bloß normale, sondern auch pathologische Erscheinungen auf. Um es zu erkennen, muß man alle diese Erscheinungen ins Auge fassen, sowie das ja mutatis mutandis auch bei Sitte, Sittlichkeit, Wirtschaft, Sprache usw. unerläßlich ist.

Verfährt nun aber der Jurist so, wie etwa der Sprachforscher oder der Nationalökonom? Gewinnt er seine Anschauung von den Regeln des Rechts aus der Beobachtung des wirklichen Lebens? Keineswegs. Ich habe schon früher gesagt: Die Rechtswissenschaft arbeitet im Gegensatz zur Sozialwissenschaft deduktiv. Die Rechtsregeln werden nicht induktiv gewonnen, sondern sie werden deduziert. Ich brauche nur noch hinzuzufügen: Sie werden deduziert aus dem Gesetze. Was der römische Jurist Paulus perhorreszierte, das ist tatsächlich die Devise der Jurisprudenz geworden: Ex regula ius sumitur, non ex iure, quod est, regula fit. Wir brauchen dabei nur regula mit „Gesetz“ zu übersetzen. Der Gegensatz von Recht und Rechtsleben ist nur dann verständlich, wenn wir unter

Recht das gesetzte Recht verstehen, und die deduktive Methode der Jurisprudenz ist nur deshalb möglich, weil es eben geschriebene Rechtsquellen gibt, die den Ausgangspunkt für wissenschaftliche Forschungen bilden können. Das ist bekanntlich nicht immer so gewesen. Das gesetzte Recht ist jünger als das ungesetzte. Erst mit der fortschreitenden Kultur hat das gesetzte Recht immer mehr an Boden gewonnen, bis es schließlich — das ist ja die herrschende Anschauung — das ungesetzte vollständig oder fast vollständig verdrängt hat. Die Rechtswissenschaft hat das ungesetzte Recht oder, wie sie es nennt, das Gewohnheitsrecht meist mit scheelen Augen angesehen. In der Tat weist das gesetzte Recht Vorzüge gegenüber dem ungesetzten auf. Es ist leicht erkennbar. Man kann leichter das ganze bürgerliche Gesetzbuch studieren, als sich darüber informieren, welche gewohnheitsrechtlichen Regeln in irgend einer noch so eng begrenzten Partie des Rechtslebens gelten. Ferner ist das Geltungsgebiet des gesetzten Rechts jenem des Gewohnheitsrechts weitaus überlegen. Ein Gesetz kann im ganzen Staate, ja sogar darüber hinaus Geltung beanspruchen. Das Gewohnheitsrecht bildet sich immer nur lokal, in einem kleinen Kreise. In verschiedenen Teilen des Staatsgebiets oder auch nur eines Landes finden sich verschiedene gewohnheitsrechtliche Bildungen. Das gesetzte Recht läßt sich scharf und präzis formulieren. Dem Gewohnheitsrecht mangelt eine derartige Bestimmtheit. Es ist, wie alle sozialen Erscheinungen, fließend, schwer faßbar, unausgesetzt veränderlich. So wirken eine Reihe von Momenten zusammen, welche die Bekämpfung des Gewohnheitsrechts wünschenswert erscheinen lassen. Als das wichtigste von allen hat sich das politische erwiesen.[2]) Der erstarkende Staat hat sich des Rechts bemächtigt. Er hat die Rechtssetzung

---

[2]) Gerade diesen Umstand scheint Kraus in seiner überaus interessanten Abhandlung: „Die leitenden Grundsätze der Gesetzesinterpretation" (Grünhutsche Ztschr., 32. Bd., S. 619 f.) übersehen zu haben. Die Vorteile, welche die Gesetzgebung der Bevölkerung bringt, sind gewiß erwünschte Wirkungen. Aber in erster Linie handelte es sich doch dem Staate darum, durch die Bindung der Behörden an die Gesetze seine eigene Macht zu stärken. Damit stimmt es überein, daß in Deutschland und Österreich die Straf-, Verwaltungs- und Prozeßgesetze älter sind als die Privatrechtsgesetze.

an sich gezogen und im Gesetze das Mittel gefunden, um das Recht nach seinem Dafürhalten im ganzen Staatsgebiete einheitlich zu gestalten. Das Gesetz hat das Gewohnheitsrecht zu verdrängen unternommen, und zwar nicht bloß faktisch, sondern auch rechtlich zu verdrängen, insofern es die gewohnheitsrechtliche Rechtsbildung untersagt hat. So bestimmt das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch im § 10: „Auf Gewohnheiten kann nur in den Fällen, in welchen sich ein Gesetz darauf beruft, Rücksicht genommen werden.“ Dieser Satz stellt den Höhepunkt der Entwicklung dar. Er zeigt uns den vollständigen Sieg des gesetzten Rechts über das ungesetzte. In der Folge können wir nun freilich eine rückläufige Bewegung wahrnehmen. Während noch der erste Entwurf des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs das Gleiche verfügte wie unser § 10, wurde dieser Passus später gestrichen.[3])

Der Entwicklung des Rechts hat sich die Rechtswissenschaft angepaßt. Sie beschäftigt sich jetzt nur mit dem gesetzten Recht. Ja wir können von einer eigentlichen Rechtswissenschaft überhaupt erst sprechen, seit es ein gesetztes Recht gibt. Das Gesetz ist die feste Grundlage der Jurisprudenz. Es fragt sich aber, ob sich auf dieser Grundlage unbedingt richtige und zuverlässige Anschauungen gewinnen lassen über das „ius, quod est“. Ich kann hier natürlich nicht das Problem des Rechts aufrollen. Aber soviel darf ich doch als feststehend annehmen, daß Recht nur jene Lebensordnung ist, die ein bestimmtes Gebiet des sozialen Lebens wirklich beherrscht und durchdringt, die also nicht bloß auf dem Papier steht. Wenn man nun dieses Recht aus dem Gesetze erschließen zu können glaubt, so geht man dabei offenbar von der Anschauung aus, daß der Staat die Macht hat, durch seine Gesetze das Leben wirklich zu beherrschen, daß sich das Recht also ausschließlich nach dem Willen des Staates gestaltet.

Wie verhält es sich damit aber in Wirklichkeit? Nochmals muß ich da auf die Möglichkeit zurückkommen, daß das Gesetz im einzelnen Falle übertreten wird. Diese Möglichkeit bietet.

---

[3]) Vgl. Jung, „Positives“ Recht. Ein Beitrag zur Theorie von Rechtsquelle und Auslegung, S. 3.

wie schon gesagt, keine Schwierigkeiten. Denn es ist selbstverständlich, daß die Geltung einer Rechtsregel nicht davon abhängt, ob diese Regel in jedem einzelnen Falle beachtet wird. Das Recht wirkt niemals wie ein Naturgesetz, mag es sich nun um gesetztes oder nichtgesetztes Recht handeln. Niemals wird es gelingen, Rechtswidrigkeiten aus der Welt zu schaffen. Immer aber führt das Recht gegen solche Rechtswidrigkeiten einen Kampf, d. h. das rechtswidrige Verhalten wird selbst wieder als eine Erscheinung des Rechts aufgefaßt, die bestimmte Rechtsfolgen nach sich zieht: Strafe, Schadensersatzpflicht, Nichtigkeit des Handelns usw. Sobald das Recht den Kampf aufgibt und die Rechtswidrigkeit ruhig hinnimmt, und zwar nicht etwa die einzelne, isolierte Rechtswidrigkeit, sondern die Rechtswidrigkeit als Massenerscheinung, zeigt es sich eben, daß die Rechtsregel, um die es sich handelt, nicht mehr gilt. Sie hat ihre Herrschaft verloren, gerade so wie ein Fürst, der aus seinem Lande vertrieben worden ist.[4]) Handelt es sich um gesetztes Recht, so kann man freilich die Frage aufwerfen, ob der Zustand der Nichtgeltung des vom Staate aufgestellten Satzes ein vorübergehender oder dauernder ist. Es ist ja möglich, daß auf eine Zeit, in der das Gesetz faktisch nicht gilt, wieder eine Zeit kommt, in der es beachtet wird. Im Prinzipe aber muß daran festgehalten werden, daß die Geltung des Gesetzes etwas Faktisches ist, daß man von der Geltung eines Gesetzes nur insofern sprechen kann, als es auf die ihm unterworfenen Personen tatsächlich bestimmend wirkt. Es kann sein, daß das Gesetz nicht gilt, sei es, daß es von vornherein nicht im Stande war, sich durchzusetzen, sei es, daß es seine Position nicht zu behaupten vermocht hat, daß es in desuetudinem geraten ist.

Daß das wirkliche Rechtsleben mit dem Rechte nicht übereinstimmen muß und auch vielfach nicht übereinstimmt, ist nun in neuester Zeit von den verschiedensten Seiten mit

---

[4]) Die Frage, ob der vertriebene Fürst de iure Herrscher bleibt (Legitimitätsprinzip), oder ob auch sein Herrschaftsrecht erlischt, ist in der Tat nichts anderes als eine Teilfrage des Problems der Entstehung und Veränderung des Rechts.

Nachdruck betont worden.[5]) Im Jahre 1885 hat Bülow in einer gedankenreichen, damals allerdings noch nicht nach Gebühr gewürdigten Schrift: „Gesetz und Richteramt“ ausgeführt, daß der Richter nicht rein mechanisch das Gesetz anwendet, sondern daß er mit teilnimmt an der Schaffung des Rechts. „Das abstrakte stumme Gebot des Gesetzes“, sagt Bülow (S. 46), „vermag der vielgestaltigen stürmischen Bewegung des menschlichen Gemeinlebens nicht völlig Herr zu werden. Das vermag es nur im Bunde mit der lebendigen Macht eines unmittelbar ins Leben eingreifenden Willens. Die Gesetzgebung denkt den Rechtsgedanken noch nicht fertig. Erst die rechtsbeteiligten Personen, und wenn diese nicht einmütig werden, erst der Richter denken ihn zu Ende.“ Und an einer anderen Stelle (S. 30): „Tag für Tag spottet das wirkliche Leben der gesetzgeberischen Voraussicht. Immer und immer wieder lehrt seine unerschöpfliche Mannigfaltigkeit, wie vermessen die Hoffnung wäre, der Gesetzgeber könne alles, was die Zukunft bringen wird, überblicken, vorbedenken und in seine starren, toten Regeln zwängen.“ Während Bülow sich in der Hauptsache darauf beschränkt, das richterliche Urteil mit dem Gesetze zu vergleichen, und hier den Hebel ansetzt, um den Glauben an die Allmacht des Gesetzes zu erschüttern, hat neuestens Ehrlich mit Recht darauf verwiesen, daß ja die wenigsten Rechtsbeziehungen zu einer richterlichen Entscheidung führen und daß man das Rechtsleben, den Rechtsverkehr beobachten muß, um sich über das wirklich geltende Recht zu informieren.[6]) Da

---

[5]) Die Literatur über diesen Gegenstand und über die damit zusammenhängenden theoretischen und praktischen Probleme schwillt geradezu beängstigend an. Eine bibliographische Musterung der einschlägigen Schriften wäre dringend zu wünschen.

[6]) Ehrlich, Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts, S. 7: Es ist „wohl zweifellos, daß von der unübersehbaren Zahl der Lebensverhältnisse nur ganz ausnahmsweise welche die Aufmerksamkeit der Gerichte und anderer Behörden auf sich ziehen. Unser Leben spielt sich doch nicht vor den Behörden ab. Es gibt Millionen von Menschen, die in zahllose Rechtsverhältnisse treten und die so glücklich sind, nie eine Behörde anrufen zu müssen.“ — Dieser Gedanke war selbst Ihering noch vollkommen fremd. Vgl. Zweck im Recht, I. Bd., S. 321: „Der Charakter einer Rechtsnorm bestimmt sich lediglich darnach, daß der

tauchen natürlich die Bedenken Bülows in verstärktem Maße auf. Der Richter ist ja auf das Gesetz beeidigt. Er ist Staatsorgan. Sein Bestreben ist es, dem Gesetze möglichst gerecht zu werden. Der Rechtsverkehr ist dem Gesetze gegenüber viel freier und unabhängiger. Decken sich schon die richterlichen Urteile nicht oder nicht immer oder nicht vollständig mit dem Gesetze, so ist es natürlich, daß sich die Parteien, besonders in jenen Fällen, welche nicht zur richterlichen Kognition kommen, mehr oder minder weit vom Gesetze entfernen oder daß sie sich an Regeln halten, die nicht im Gesetze zu finden sind, sei es, daß sie mit dem Gesetze verträglich sind oder daß sie ihm geradezu widersprechen. Aber auch in der Ausdehnung, die ihm Ehrlich gegeben hat, ist unser Beobachtungsgebiet noch nicht weit genug. Die Literatur über unseren Gegenstand hat hauptsächlich das Privatrecht vor Augen. Ziehen wir aber auch das öffentliche Recht in Betracht, das Staatsrecht und namentlich das Verwaltungsrecht, so nehmen wir leicht wahr, wie sehr hier Gesetz und Recht auseinanderfallen können. Es würde zu weit führen, das hier näher darzutun. Ich will darum nur eine seltsame Erscheinung der letzten Jahre zur Illustration heranziehen, über die man bei uns in Österreich viel gelacht hat, ohne daß doch das Problem, das sie darbietet, auch nur im entferntesten gewürdigt worden wäre, nämlich die passive Resistenz der Verkehrsbeamten.[7]) Man hat die Möglichkeit einer solchen passiven Resistenz darauf zurückgeführt, daß die Vorschriften schlecht sind. Wenn sie genau befolgt werden, stockt der Verkehr, und darum liegt es eben im Interesse des Verkehrs, sie zu ignorieren. Sie werden auch in normalen Zeiten ignoriert. Aber um ihren Forderungen den nötigen Nachdruck zu verleihen, haben die Bediensteten die Vorschriften durch ihre genaue Befolgung ad absurdum geführt. Sie haben ihren Vorgesetzten dadurch Verlegenheiten bereitet, daß sie

---

Richter nach ihr Recht zu sprechen . . . hat — eine Rechtsnorm, nach der der Richter nicht zu sprechen hat, ist ein Widerspruch in sich selbst, ein Feuer, das nicht brennt, ein Licht, das nicht leuchtet."

[7]) Ich entnehme das Folgende meiner Schrift: „Die Verwaltungsrechtswissenschaft", die ich demnächst zu publizieren gedenke.

sich an die Vorschriften gehalten haben. Das Rezept gegen eine solche passive Resistenz liegt scheinbar auf der Hand: Man ändere die Vorschriften und die passive Resistenz ist unmöglich. So einfach ist aber die Sache nicht. Gewiß mögen manche Vorschriften veraltet sein oder zu ängstlichen Erwägungen entstammen; aber man täuscht sich, wenn man glaubt, daß es möglich ist, Vorschriften zu verfassen, welche für die passive Resistenz keine Handhabe bieten. Man kann doch nicht die Schlamperei kodifizieren! Die Vorschriften müssen streng sein. Aber sie sind eben nur die eine Richtschnur des Beamten. Daneben muß er immer noch andere Interessen berücksichtigen, so vor allem den Zweck seiner Tätigkeit. Er ist ja keine Maschine, die ihre Arbeit automatisch versieht. Wie weit er von diesen Vorschriften abgehen kann, ohne die Interessen zu gefährden, die diese schützen wollen, und inwieweit er von ihnen abgehen muß, um nicht den Dienst überhaupt in Frage zu stellen, das lernt er eben in seinem Berufe und nur dann beherrscht er seinen Beruf, wenn er es erlernt hat. Wollen wir wissen, wie sich der Eisenbahndienst wirklich abwickelt, so dürfen wir uns nicht darauf beschränken, die Vorschriften zu studieren, sondern wir müssen den Dienst selbst beobachten. Was nun hier auf einem kleinen Gebiete der technischen Verwaltung gilt, das gilt von der ganzen Verwaltung. Das Gesetz kann seine Natur niemals verleugnen. Es muß sich immer mit der nötigen Bestimmtheit darüber aussprechen, was zu geschehen und was nicht zu geschehen hat. Aber eben darum ist es nur einer der Faktoren, die auf die Verwaltung einwirken. Es konkurriert in dieser Hinsicht immer mit den Bedürfnissen und Interessen der Verwaltung, mit den Anschauungen und Empfindungen der in der Verwaltung tätigen Personen, mit ihrer Bildungsstufe, ihrer Geschicklichkeit usw. und aus dem Zusammenwirken aller dieser Faktoren entsteht erst das wirkliche Verwaltungsrecht.

Gesetz und wirkliches Recht müssen sich also nicht decken und decken sich vielfach nicht. Ich habe schon früher auf die Möglichkeit hingewiesen, daß einem Gesetze die Kraft fehlen kann, sich durchzusetzen. Ein drastisches Beispiel bieten uns unsere ersten Verfassungen. Die österreichische Verfassung vom

Jahre 1848 ist ein Stück Papier geblieben. Es war zweifellos der ernste Wille des Kaisers, daß diese Verfassung in Kraft treten solle. Tatsächlich ist es nicht dazu gekommen. Der Jurist steht ratlos vor dieser Tatsache. Sie läßt sich auch nicht juristisch erklären. So gering ist nun die Macht des Gesetzes freilich selten. Aber bei jedem Gesetze besteht die Möglichkeit, daß es nicht so zur Anwendung gelangt, wie es der Absicht des Gesetzgebers entspricht. Bei jedem Gesetze besteht ferner die Möglichkeit, daß die Auslegung bestimmte Wege einschlägt, so zwar, daß man nicht sagen kann: alle Auslegungsmöglichkeiten bestehen in gleicher Weise zu Recht, sondern eine der mehreren oder vielen Auslegungsmöglichkeiten hat sich ausschließliche Geltung verschafft. Es besteht hier also eine eigentümliche Mischung von gesetztem und ungesetztem Recht. Um ein Beispiel dafür zu bringen, verweise ich auf die Kompetenz des österreichischen Reichsgerichts. Das Staatsgrundgesetz über das Reichsgericht läßt verschiedenartige Deutungen zu. Würden wir uns darauf beschränken, dieses Staatsgrundgesetz zu interpretieren, so käme wohl jeder Theoretiker zu einer anderen Anschauung über den Umfang der reichsgerichtlichen Kompetenz. Tatsächlich haben wir aber eine feste Praxis und diese sagt uns z. B., daß das Reichsgericht kompetent ist für Klagen der Beamten auf Zahlung des Gehalts, daß es kompetent ist zur Entscheidung über Beschwerden wegen Verletzung des Reichsratswahlrechts, des Landtagswahlrechts, ja sogar des Gemeindewahlrechts. Das sind Tatsachen unseres Rechtslebens. Aus dem Gesetz allein lassen sie sich nicht erschließen. Weiter ist darauf zu verweisen, daß das gesetzte Recht niemals das gesamte Recht erschöpfen kann. Unser Privatrecht ist wohl im bürgerlichen Gesetzbuch kodifiziert. Aber der aufmerksame Beobachter des Rechtslebens nimmt wahr, daß es eine große Zahl von Rechtserscheinungen gibt, die sich aus dem Gesetz allein nicht erklären lassen.[8]) Wiederholt ist schon betont worden, wie dürftig unser Gesetzbuch den Arbeitsvertrag behandelt, der doch für die große Masse der Bevölkerung von außerordent-

---

[8]) Vgl. Unger, Zur Revision des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches. Grünhutsche Ztschr., XXXI. Bd., S. 397f.

licher Wichtigkeit ist. Recht gibt es auch auf diesem Gebiete, wenn auch nicht gesetztes Recht.[9]) Ich verweise weiter auf das Privatversicherungsrecht, auf die Ausgedinge usw. Wichtiger aber noch als alle diese Erscheinungen, die man schließlich auf die Unvollkommenheit der tatsächlich geltenden Gesetze zurückführen könnte — man könnte meinen, durch größere Sorgfalt bei Verfassung der Gesetze ließen sich derartige Konsequenzen vermeiden — wichtiger ist die eigentümliche Tatsache, daß ein und dasselbe Gesetz zu verschiedenen Zeiten verschieden verstanden und angewendet wird, ohne daß man sagen kann, daß die Erkenntnis dessen, was das Gesetz will, Fortschritte gemacht hat. Ich kann mich damit begnügen, einen Satz aus der Antrittsvorlesung zu zitieren, die Wellspacher vor kurzem in Wien gehalten hat. „Wir in Österreich", sagt er[10]), „die wir mit einem fast hundert Jahre alten bürgerlichen Gesetzbuch arbeiten müssen, das vor dem Aufkommen des modernen Kapitalismus mit seinen gewaltigen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Umwälzungen entstanden ist, konnten uns seit langem nicht mehr verhehlen, daß jene Verschiebung der Machtverhältnisse eine weitgehende Wandelung unseres Gesetzesinhalts herbeigeführt hat, daß heute wenige Bestimmungen unseres Gesetzes mehr in ihrem ursprünglichen Sinne verstanden werden, daß durch die Mittel der juristischen Kunst viele veraltete Rechtsnormen des bürgerlichen Gesetzbuchs neuen Verhältnissen angepaßt und Lücken des Gesetzes mit neuem Rechte erfüllt wurden. Das ist ein naturnotwendiger Vorgang, über dessen Berechtigung zu streiten zwecklos wäre." Als Pendant dazu mag die Schrift Jellineks: „Verfassungsänderung und Verfassungswandlung" dienen, welche zeigt, daß sich auch auf dem Gebiete des Staatsrechts, wo wir es nicht mit einer hundertjährigen Kodifikation zu tun haben, das Recht ändern kann und ändert, ohne daß das Gesetz geändert wird.

---

[9]) Vgl. Unger, a. a. O. S. 399: „Sollte nun wirklich nur dasjenige Recht sein, was in den 1502 Paragraphen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches enthalten ist? Sollte wirklich der Grundsatz gelten: quod non est in codice, non est in mundo? Man käme damit in einer großen Anzahl von Fällen dem praktischen Resultat nach zu einer denegatio iustitiae."

[10]) Die Zukunft der österreichischen Privatrechtswissenschaft, S. 9.

Berücksichtigen wir das, so müssen wir von den Vorzügen, die wir dem gesetzten Recht nachgerühmt haben, einen beträchtlichen Abzug machen. Das ius certum, das scheinbar durch das Recht geschaffen wird, läßt sich in der Wirklichkeit nicht immer nachweisen. Sind wir nicht bloß auf das Gesetz, sondern auch — und in erster Linie — auf die Auslegung und Anwendung des Gesetzes angewiesen, so müssen wir den sicheren Boden, auf dem wir uns bewegen zu können glaubten, verlassen. Die Auslegung und Anwendung des Gesetzes ist nicht immer berechenbar. Sie ist schwankend, sie wechselt von Zeit zu Zeit, von Ort zu Ort. Dem entspricht auch die tägliche Erfahrung der Rechtsanwälte und Prozeßparteien. Der Ausgang eines Prozesses läßt sich niemals mit Sicherheit voraussehen, nicht nur deshalb, weil die Beurteilung der Tatfragen unsicher ist, sondern namentlich auch deshalb, weil niemand die Rechtsanschauungen des Richters im vorhinein kennen kann. Die Richter der verschiedenen Instanzen urteilen verschieden und die Entscheidung, die in erster Instanz gefällt wurde, hätte ebensogut die Entscheidung der maßgebenden letzten Instanz sein können und umgekehrt. Die Prozeßführung ist also ein sehr gewagtes Unternehmen. Stellt man einmal solche Erwägungen an, so gelangt man schließlich zu der Frage: Wozu brauchen wir überhaupt ein geschriebenes Recht, wozu binden wir den Richter theoretisch an das Gesetz, wenn die Entscheidung eines Prozesses in jedem einzelnen Falle doch unsicher ist? Der Richter entscheidet ja ohnedies jeden Rechtsfall nach bestem Wissen und Gewissen unter Berücksichtigung des pro und contra. Daran sollten wir uns genügen lassen. Wir sollten nicht noch weiter gehen und dem Richter die ganz unnütze Verpflichtung auferlegen, diese Entscheidung durch mehr oder minder gewagte Interpretationskünste als die vom Gesetze gebotene, aus dem Gesetze mit logischer Notwendigkeit resultierende Entscheidung hinzustellen. Unsere juristische Dialektik ist ja nachgerade dermaßen entwickelt, daß es nicht schwer fällt, eine jede Entscheidung auf das Gesetz zu basieren. In Wahrheit aber kommt es ja gar nicht auf die Begründung einer Entscheidung an, sondern auf diese selbst, und die Entscheidung hat der Richter in der Regel fertig, ehe er noch darüber nachgedacht hat, wie

er sie begründen wird.[11]) Damit sind wir denn bei dem modernsten Postulat der freien Rechtsfindung angelangt, welches am scharfsinnigsten, aber auch am besonnensten von Ehrlich vertreten wird, dessen Schriften überhaupt für alle einschlägigen Fragen von der größten Bedeutung sind.

Gegen die Freirechtsbewegung hat sich sofort eine lebhafte Opposition erhoben. Bei uns in Österreich waren es die beiden hervorragendsten juristischen Theoretiker-Praktiker, Unger und Klein, welche sich übereinstimmend gegen diese Bewegung ausgesprochen haben.[12]) Es geschah das anläßlich des Erscheinens der sehr interessanten Schrift von Gnaeus Flavius (Kantorowicz): „Der Kampf um die Rechtswissenschaft". Auch Wellspacher hat in seiner Antrittsvorlesung die freie Rechtsfindung abgelehnt. „Es ist hier", meint er[13]), „wie so oft, ein guter Gedanke durch maßlose Übertreibung zu Tode gehetzt worden." Ich würde dieses Bild nicht gebrauchen. Der gute Gedanke ist doch noch zu neu, als daß er schon hätte zu Tode gehetzt werden können. Es handelt sich nur darum, ihn zum richtigen Ausdruck zu bringen, die richtigen Folgerungen dieses Gedankens zu ziehen. Aus der Beobachtung, daß sich das Recht vielfach anders gestaltet, als das Gesetz es haben will, ergibt sich nicht das Bedürfnis, das Recht zu ändern, sondern die Notwendigkeit, die Methode der Rechtswissenschaft zu revidieren.

---

[11]) Treffende Bemerkungen hierüber bei Jung, a. a. O. S. 12f. und bei Unger, Deutsche Jur.-Ztg., 1906, Sp. 786.

[12]) Unger, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Deutsche Juristenzeitung, 1906, Sp. 781ff.; Klein, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Allg. österr. Gerichtszeitung, 1906, S. 265ff.

[13]) A. a. O. S. 9. Am Schlusse seiner Vorlesung (S. 16) spricht der Autor von der Gefahr, „daß unsere (österreichische) Zivilistik in einer gemütlichen Rechtsgefühlsduselei ihr Ende findet". Damit vergleiche man Bekkers Ausführungen a. a. O. S. 106: Der Richter soll sich sagen, daß er, wenn die Rechtsnormen unvollkommen sind, aus den und den (nur für ihn persönlich, nicht objektiv) durchschlagenden Gründen so entscheide. „Und zwar soll er das sagen . . vor allem sich selber, dann so vielen, als Verständnis für solche Dinge besitzen; wogegen nicht zu verlangen, daß er mit derartigen Offenherzigkeiten die gemütliche Vertrauensduselei der Massen brüskiere." Wie man sieht, kann man also intra et extra muros „gemütlich duseln".

Es ist eine bekannte Tatsache, daß die praktischen Wissenschaften früher gepflegt werden als die theoretischen. Vor allem handelt es sich dem Menschen darum, jenes Wissen zu gewinnen, das ihm unmittelbar Früchte trägt. Erst später trachtet er nach Erkenntnis um ihrer selbst willen. Die Rechtswissenschaft steckt nun noch immer im ersten Stadium. Sie wird herkömmlicherweise ausschließlich als praktische Wissenschaft betrieben. Die vorzugsweise Berücksichtigung des Privat- und Strafrechts bringt es mit sich, daß die Rechtswissenschaft das Ziel verfolgt, das Recht in einer für die Rechtsprechung geeigneten Weise — ich möchte sagen: gebrauchsfertig — zu formulieren. Wendet sich schon das Gesetz in erster Linie an den Richter, dem es die Weisung gibt, wie er zu verfahren hat und wie er entscheiden soll, so führt die Rechtswissenschaft die Aufgabe, der das Gesetz allein nicht entsprechen kann, weiter. Muß sich das Gesetz eine gewisse Reserve auferlegen, schon darum, weil es doch nicht zu umfangreich werden kann, so kann sich die Wissenschaft mit allen Detailfragen eingehend beschäftigen. Die Lücken, die das Gesetz offen läßt, werden so durch die Wissenschaft ausgefüllt, die Zweifel werden gelöst, die Bedenken zerstreut. Aus dem ius certum der Gesetzgebung schafft die Wissenschaft ein ius certissimum. Tatsächlich beeinflußt auch die Wissenschaft die Rechtspraxis in hohem Maße. Wenn wir uns aus der Literatur über das geltende Recht informieren wollen, so kommen wir der Wahrheit bei weitem näher, als wenn wir bloß das Gesetz zu Rate ziehen. Aber freilich deckt sich das wirklich geltende Recht auch mit dem sogenannten Juristenrecht nicht, und überdies ist das Juristenrecht ja kein einheitliches Recht. Was der eine Autor behauptet, wird oft genug von dem anderen bestritten. Kommt man nun zu der Überzeugung, daß sich die Rechtspraxis auch von der Wissenschaft nicht in bestimmte Bahnen zwängen läßt, daß sie vielmehr ihre eigenen Wege geht, so ist für denjenigen, der eben nur von praktischen Gesichtspunkten ausgeht, dem es nicht darauf ankommt, das Recht zu erkennen, sondern der seine Aufgabe darin erblickt, dem Richter das Recht zu weisen, die Konsequenz die, daß die faktische Freiheit, die sich der Richter nimmt, in eine rechtliche umgewandelt werden muß. Die Freiheit

des Richters wird also als Rechtssatz postuliert. Der Richter soll das Recht der freien Rechtsfindung zuerkannt erhalten. Auf diese Weise wird dann freilich die Übereinstimmung des Gesetzes mit dem Rechtsleben auf die einfachste Weise hergestellt. Der Richter, der das Recht der freien Rechtsfindung hat, kann natürlich kein Gesetz verletzen. Aber dabei werden alle Vorteile geopfert, die der bisherige Zustand des geschriebenen Rechts trotz allem zweifellos gebracht hat.

Ich glaube, daß man bei derartigen Argumentationen das Kind mit dem Bade ausschüttet. Weil die Gesetzgebung nicht alles vermag, ist sie doch keineswegs ohnmächtig. Die Gesetzgebung ist nicht der alleinige Faktor der Rechtsbildung. Aber sie ist doch jedenfalls ein äußerst wichtiger Faktor, und wir werden doch nicht die Errungenschaften, die wir im Laufe der Jahrhunderte erzielt haben, aufopfern, um zu den primitiven Rechtszuständen der älteren Zeit zurückzukehren. Aber die Erkenntnis von den Grenzen der gesetzgeberischen Macht legt der Rechtswissenschaft die Verpflichtung auf, sich nicht mit der Ermittlung des Gesetzesinhalts zu begnügen, wie sie es heute tut. Gewiß ist die Rechtsdogmatik von außerordentlichem Werte. Ohne sie kann das geltende Recht nicht erkannt werden. Aber mit der Erforschung des Gesetzesrechts hat die Rechtswissenschaft ihre Aufgabe eben erst begonnen. Sie muß das Recht auch noch als soziale Erscheinung erfassen und mit den Mitteln der Sozialwissenschaft erforschen. Sie muß feststellen, welches Recht gilt, und sie muß dann dieses geltende Recht zu seinen Quellen zurückverfolgen. Die Gesetzgebung ist eine dieser Quellen, aber durchaus nicht die einzige. Das wird ja freilich allgemein zugegeben. In allen Lehrbüchern wird ausgeführt, daß es neben dem Gesetzesrecht auch Gewohnheitsrecht gibt, wobei dann freilich die Frage erörtert wird, ob und inwieweit der betreffende Staat ein Gewohnheitsrecht zuläßt oder anerkennt. Aber dieses „Gewohnheitsrecht" ist nur ein Sammelname, ein Verlegenheitsausdruck. Es handelt sich dabei um sehr verschiedene Tatsachen. Damit, daß man die Gewohnheit als Rechtsquelle bezeichnet, ist gar nichts gesagt. Die einschlägigen Erscheinungen sind je nachdem auf historische, psychologische, soziale, wirtschaftliche, rationalistische, ethische,

religiöse Wurzeln zurückzuführen. Das Gewohnheitsrecht als einheitliche Masse dem Gesetzesrecht gegenüberzustellen, entsprach ja der bequemen Art der älteren Forschung. Wir, die wir gelernt haben, sozialwissenschaftlich zu beobachten und zu denken, müssen von dieser Fähigkeit auch dem Rechte gegenüber Gebrauch machen.

Um es ganz präzis auszudrücken: Was uns nottut, ist eine Rechtswissenschaft im wahren Sinne des Wortes, während das, was wir heute als Rechtswissenschaft bezeichnen und betreiben, bloß eine Rechtsquellenwissenschaft ist. Der Jurist beschäftigt sich nicht mit dem Recht, sondern mit den Quellen des Rechts oder vielmehr, da das Gewohnheitsrecht in unserer Literatur ja doch nur eine dekorative Rolle spielt, nur mit einer einzigen Rechtsquelle, mit der Gesetzgebung. Das schließt nun freilich nicht aus, daß der Jurist auch auf das tatsächliche Rechtsleben Rücksicht nimmt. Auch er ist ja ein Kind seiner Zeit. Unsere heutige Privatrechtsjurisprudenz unterscheidet sich sehr wesentlich von jener aus der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, trotzdem damals das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch genau so gegolten hat wie heute. Aber wenn der Jurist bewußt (meistens erfolgt es freilich unbewußt) dem Rechtszustande seiner Zeit Konzessionen macht, ohne durch das Gesetz gedeckt zu sein, so geschieht es doch in der Regel nicht aus einer klaren Erkenntnis dessen heraus, daß das notwendig ist und warum es notwendig ist, sondern gewissermaßen per nefas. Es ist überaus interessant und lehrreich, sich die Irrtümer zu vergegenwärtigen, in welche die Juristen der verschiedensten Zeiten verfielen, sobald sie es unternahmen, sich über den Grund der Verbindlichkeit des von ihnen behandelten Rechts Rechenschaft zu geben.

Werfen wir einen Blick auf die Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft! Da tritt uns vor allem der merkwürdige Prozeß der Rezeption des römischen Rechts entgegen. Die Rechtshistoriker sind seit langem eifrigst bemüht, die tatsächlichen Gründe der Rezeption und den Rezeptionsgang zu erforschen. Mag auch im einzelnen noch vieles streitig oder nicht aufgeklärt sein, so wissen wir doch im großen und ganzen, wie es zu der Aufnahme des fremden Rechts gekommen ist.

Die Verdrängung der volkstümlichen Rechtsprechung und Verwaltung durch gelehrte Elemente, die Tatsache, daß bloß das fremde Recht an der Universität gelehrt wurde, der Einfluß der Kirche und der kirchlichen Gerichtsbarkeit, die Zersplitterung des heimischen Rechts und die Schwierigkeit, sich über dasselbe zu informieren, die inneren Vorzüge der fremden Rechte: alles das hat zusammengewirkt, um dem römisch-kanonischen Recht Eingang in die deutschen Länder zu verschaffen. Aber die zeitgenössische Theorie machte sich diesen Hergang der Dinge nicht klar. Damals glaubte man, daß das römische Recht als solches auch für Deutschland verbindlich sei, weil das heilige römische Reich deutscher Nation eine Fortsetzung des alten römischen Reiches darstelle.[14]) Den Befehlen der römischen Cäsaren hatte sich auch das deutsche Volk, hatte sich die gesamte Christenheit zu fügen. Frühzeitig finden wir neben der romanistischen auch eine deutschrechtliche Literatur, die von den Rechtsbüchern des 13. Jahrhunderts ihren Ausgang nimmt. Aber auch hier begegnen wir Irrtümern. Das Bedürfnis nach einem geschriebenen Recht wurde dadurch befriedigt, daß man z. B. den Sachsenspiegel selbst als Rechtsquelle ansah.[15]) Er wurde als Gesetzbuch behandelt und nicht als wissenschaftliche Privatarbeit.[16])

---

[14]) Diese Ansicht hat selbst wiederum auf die Rezeption eingewirkt, gehört also mit zu den Ursachen der Rezeption. Wie immer und überall, so zeigt sich auch hier eine Wechselwirkung zwischen den äußeren Rechtsvorgängen und den Rechtsanschauungen.

[15]) Savigny, a. a. O. S. 19: „Wir würden viele Mühe gehabt haben, unseren Vorfahren den Unterschied eines Rechtsbuches als einer Privatarbeit von einem wahren Gesetzbuche deutlich zu machen, den wir uns als so natürlich und wesentlich denken."

[16]) Wenn man vom „autoritätsgläubigen" Mittelalter spricht, so darf man doch nicht übersehen, wie das Mittelalter mit den Autoritäten umgesprungen ist und wie leicht es darum war, den Autoritäten nachzuleben. Die skrupellose Auslegung von Quellenstellen (Bibel!) in der dem Ausleger erwünschten Weise, die Legendenbildung bezüglich des autoritativen Ursprungs einer Urkunde und schließlich die Fälschung und Verfälschung von Urkunden im großen Stile sind zusammengehörige Erscheinungen. In gleicher Weise hängen aber heute die sorgfältige Quellenkritik (Bibelkritik!), und zwar nicht bloß die Textkritik, sondern auch die Prüfung der Herkunft jeder einzelnen Urkunde und die gewissenhafte Auslegung der Quellen zusammen. Je rigoroser aber der Gesetzesinhalt festgestellt

Wenn wir nun nichts wüßten über den weiteren Verlauf der Geschichte, so könnten wir annehmen, daß die Verpflanzung eines toten Rechts nach Deutschland eine vollständige Erstarrung des Rechts zur Folge gehabt habe. Tatsächlich ist das nicht der Fall gewesen. Das römische Recht war durchaus nicht tot, sondern ungemein lebendig und entwicklungsfähig. Es wurde von der Theorie den jeweiligen Bedürfnissen angepaßt und mit dem wirklichen Rechtsleben möglichst in Einklang gebracht. Es war ja überhaupt nicht in seiner ursprünglichen Gestalt nach Deutschland gekommen, sondern in der ihm durch die Glosse und die Postglossatoren zuteil gewordenen Bearbeitung. In Deutschland wurde der Umbildungsprozeß fortgesetzt. Die Quellen wurden in der von der Praxis geforderten Weise umgedeutet. Das Resultat war schließlich der usus modernus pandectarum. Erst verhältnismäßig spät gelangte man zu der Erkenntnis, daß das, was man als römisches Recht lehrte, zum großen Teile gar nicht römisches, sondern deutsches Recht war, welches sich trotz der Rezeption und gegenüber der Rezeption behauptet hatte. Die sogenannte historische Rechtsschule des 19. Jahrhunderts[17]) hat diese Erkenntnis nicht nur dazu verwertet, um das klassische römische Recht zu erforschen und als Recht der Vergangenheit darzustellen, sondern sie hat — durchaus unhistorisch — dieses klassische römische Recht als das bei uns geltende, für uns verbindliche angesehen, ein römisches Recht, das niemals den Gegenstand der Rezeption gebildet hat

---

wird, desto mehr fällt die Abweichung des Lebens vom Gesetze in die Augen. Diese Abweichung zu übersehen, ist im Hinblick auf den heutigen Stand der Geschichtswissenschaft, der Psychologie und der Sozialwissenschaft nicht mehr möglich. Der Kritizismus ergreift eben auch die Rechtswissenschaft. Wir können den Tatsachen gegenüber nicht mehr blind sein, so bequem es auch ist, Gesetz und Recht zu identifizieren. Die Forderung, beides auseinanderzuhalten, ist nichts anderes als ein Gebot wissenschaftlicher Ehrlichkeit.

[17]) Als „sogenannte" historische Rechtsschule hat sie schon Thibaut bezeichnet. Vgl. dessen temperamentvolle Schrift: „Über die sogenannte historische und nichthistorische Rechtsschule." 1838. — Die außerordentlichen Verdienste der historischen Schule um die deutsche Rechtswissenschaft auch nur in Frage zu stellen, wäre allerdings ganz unangebracht. Im Grunde ist es ja doch nur eine Anknüpfung an den Grundgedanken dieser Schule, wenn die wissenschaftliche Erforschung des wirklich geltenden Rechts gefordert wird.

oder bilden konnte.[18]) So wurde ein Irrtum durch einen anderen abgelöst.

Die historische Schule hat aber auch noch nach einer anderen Richtung gewirkt. Sie hat das Naturrecht bekämpft, und zwar genau mit demselben Recht und mit demselben Unrecht, wie den usus modernus. Das Naturrecht war ein aus den Bedürfnissen der Zeit geborenes Recht, welches aber theoretisch falsch begründet wurde. Es war ebensowenig ein aus der Natur des Menschen, aus der menschlichlichen Vernunft unmittelbar abgeleitetes oder ableitbares Recht, wie der usus modernus römisches Recht war. Aber die Erfahrung hat gezeigt, daß die naturrechtlichen Ideen durch die Erkenntnis des Fehlers, der der Naturrechtslehre zugrunde lag, ihre Lebenskraft nicht eingebüßt haben. Trotz Savigny hat das Naturrecht in der Revolution gesiegt. Unser heutiges Verfassungsrecht ist bloß naturrechtlich zu erklären. Unsere gesamte Rechtsordnung trägt den Stempel des Naturrechts.

Post nubila Phoebus! Wie hebt sich unsere heutige Rechtswissenschaft von ihren Vorgängerinnen ab! Alle Irrtümer haben wir erkannt, alle Unklarheiten überwunden. Wir haben uns von der Positivität des Rechts überzeugt und damit ebenso das auf Cäsarenworte gegründete Weltrecht abgelehnt, wie das auf die Meditationen irgend eines isolierten Forschers aufgebaute Naturrecht. Nun sind wir endlich so weit, das Rechtsgebäude richtig zu fundamentieren . . . . . Sind wir wirklich so weit? Haben wir einen Grund anzunehmen, daß wir den Höhepunkt der Rechtswissenschaft bereits erklommen haben? Haben wir auch nur den Gedanken der Positivität des Rechts zu Ende gedacht? Mit dem Naturrecht verglichen, ist das Gesetzesrecht eines be-

---

[18]) Vgl. Kohler in Holtzendorffs Enzyklopädie, 6. Aufl., I. Bd., S. 563: „Die guten Zeiten der Postglossatoren, bei denen das deutsche Recht in das corpus iuris hineinfloß, und die guten Zeiten des usus modernus pandectarum, welche sich in kräftiger Weise mit dem römischen Rechte abfanden, waren dahin. Anstatt daß man das corpus iuris nach unseren Gedanken interpretierte, interpretierte man es jetzt nach seinen eigenen Gedanken. Man lernte das reine römische Recht kennen und Männer wie Vangerow glaubten in schrecklicher Verblendung auch noch für das 19. Jahrhundert das reine römische Recht als geltendes Recht verteidigen zu können."

stimmten Staates freilich ein positives Recht. Aber wenn wir damit auch der Wirklichkeit des Rechtslebens näher gekommen sind, erreicht haben wir sie noch nicht. Denn positiv ist doch nur das Recht, welches tatsächlich lebt, welches reale Geltung hat, mag es nun gesetzlich fixiert sein oder nicht.[19]) Worin liegt denn das πρῶτον ψεῦδος, welches wir in der deutschen Rechtswissenschaft aller Zeiten — die heutige nicht ausgeschlossen — finden? Darin, daß man die Entstehung des Rechts selbst wieder juristisch erklären will. Man will den Rechtsgrund für die Geltung des Rechts finden und zieht zu diesem Ende staatsrechtliche Anschauungen von problematischem Werte heran. So führt die Ansicht von der Verbindlichkeit des römischen Rechts auf das von Gott eingesetzte imperium mundi zurück. Die gesamte Christenheit bildet eine staatsrechtliche Einheit, mag nun der Kaiser ein Römer oder ein Deutscher sein. Das römische Recht ist das Weltrecht, also das Recht der vom Kaiser beherrschten christlichen Welt. Das Naturrecht wiederum leitete der Staat ab aus dem Staatsvertrag. Die einzelnen Menschen sind aus freien Stücken in die staatliche Gemeinschaft eingetreten. Auf ihren Willen ist darum alles staatliche Recht zurückzuführen. Der Inhalt ihres Willens ergibt sich aber von selbst aus den unwandelbaren Eigenschaften der menschlichen Natur. Das gesamte Recht gewinnt so eine individualistische Grundlage. Dem gegenüber lehrt die historische Schule, daß nicht der Wille des Einzelnen staatsbildend

---

[19]) Gerade umgekehrt bezeichnet Löning, Über Wurzel und Wesen des Rechts, S. 37, als positives Recht das in die entsprechenden Formen gekleidete, äußerlich dokumentierte, von den Gerichten anzuwendende Recht im Gegensatz zu dem Recht an sich, zu dem zunächst nur ein Innendasein führenden, ursprünglichen Recht. „Das positive Recht ist eine besondere Ausgestaltung des Rechts an sich zum Zwecke praktischer Handhabung. Als Mittel und Formen dieser Ausgestaltung, der äußeren Dokumentierung kennen wir: Die ausdrückliche staatliche Erklärung oder Konstatierung eines Satzes als Recht in Form des Gesetzes und . . . die Gewohnheit. Es sind das die sog. Quellen des positiven Rechts, nicht des Rechts überhaupt.“ Wiederum eine andere Bedeutung hat das positive Recht als das zufällige, willkürlich so und nicht anders bestimmte Recht, so daß z. B. die Dauer der Verjährungsfristen oder „die Rechtssätze über eine verwickelte Verkehrserscheinung, wie den Wechsel“ „als in besonderem Maße positiv“ erscheinen. Jung, a. a. O. S. 26f.

gewirkt hat. Staat und Recht sind vielmehr allmählich entstanden, organisch erwachsen. Als unbewußte Schöpfung des Volksgeistes ist das historische Recht allgemein verbindlich. Wie es allmählich entstanden ist, so kann es wiederum nur allmählich geändert werden. Darin lag die politische Tendenz der historischen Schule, die sich nicht bloß gegen die Revolution, sondern auch gegen umfassende Kodifikationen richtete. Und auch unsere heutige Anschauung von der Entstehung und Verbindlichkeit des Rechts ist nicht frei von solchen staatsrechtlichen Vorstellungen. Sie wurzelt vielmehr geradezu in der absolutistischen Staatstheorie, welche sich zäher und lebensfähiger erwiesen hat als der Absolutismus selbst. Den Fürstenabsolutismus haben wir überwunden. An dem Absolutismus des Gesetzes beginnen erst die modernsten Autoren zu rütteln. Zu lang wurde dem deutschen Volke in allen Tonarten gepredigt, daß es seine oberste Aufgabe sei, der hohen Obrigkeit zu gehorchen, daß es nicht selbst beteiligt sei an der Rechtsbildung, vielmehr als Recht entgegennehmen müsse, was die Weisheit der Staatslenker als solches festzusetzen für gut finde, als daß wir uns von der Vorstellung des sklavischen Unterworfenseins so leicht hätten losmachen können. Das Dogma, daß alle Rechtsbildung verstaatlicht sei, ist im Staatsinteresse aufgestellt worden. Prüft man dieses Dogma nach, so zeigt sich freilich, daß sich die Rechtsbildung nur bis zu einem gewissen Grade verstaatlichen läßt, daß das Gesetz zwar auf die Rechtsbildung einen weitgehenden Einfluß nimmt, daß es aber niemals der alleinige Faktor der Rechtsbildung sein kann, daß ferner das Volk niemals, auch nicht in den Zeiten des starrsten Absolutismus, ohne Einfluß auf die Gestaltung des Rechts gewesen ist. Wollen wir uns darüber klar werden, so müssen wir freilich zunächst erkennen, daß es eine seltsame Verirrung ist, wenn man das Wesen des Rechts nicht in der der staatlichen Gemeinschaft immanenten Organisationsform und Lebensordnung, sondern in einem von außenher kommenden Imperativ erblickt.[20]) Ordnung

[20]) Gegen die Imperativentheorie vgl. Löning, a. a. O. S. 15ff.: „Diese Theorie ist durch und durch despotisch . . . immer kennt diese Theorie nur einen Herrn, dem allein alles Recht zusteht, dem alle anderen nach seinem

ist das Recht, nicht Anordnung. Die Anordnung soll zu neuem Rechte führen, ist aber selbst noch nicht Recht. Wie Bülow (S. 3) treffend sagt, ist es „noch kein geltendes Recht, es ist nur ein Plan, nur der Entwurf einer zukünftigen, erwünschten Rechtsordnung, was der Gesetzgeber von sich aus fertig zu bringen vermag.“ Das Recht ist eine soziale Erscheinung und kann darum nur sozialwissenschaftlich begriffen werden. Die Entstehung des Rechts ist ein sozialer und kein juristischer Prozeß. Will man die Rechtsbildung juristisch erklären, so erinnert das an Münchhausen, der sich an seinem eigenen Zopfe aus dem Sumpf zieht. Es entspricht ja der orthodoxen Anschauung der Jurisprudenz, daß die Entstehung und Änderung des Rechts vor sich zu gehen habe in Form Rechtens. Leider läßt sich aber das Leben durch solche Theorien nicht meistern. Unversehens entstehen neue Rechtsanschauungen, Rechtsüberzeugungen, es bilden sich Rechtsübungen, von denen das Gesetz nichts weiß und die doch Anerkennung und Geltung heischen und finden. Unmerklich werden Gesetze beiseite geschoben. Sie werden nicht angewendet. Sie verlieren ihre tatsächliche Geltung, und wenn das geschehen ist, so ist es herzlich gleichgültig, ob das Gesetzbuch das Gewohnheitsrecht zuläßt oder ausschließt.[21]) Aufgabe der Wissenschaft ist es sicherlich, derartige Erscheinungen sorgfältig zu beobachten. Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es zunächst, das geltende Recht zu „finden“, nicht das ius inter partes, wie es der Richter findet, sondern die Rechtsordnung als solche. Sodann aber muß die Rechtswissenschaft die Geltung des Rechts, soweit es möglich ist, erklären.

Ermessen und Belieben zum Gehorsam verpflichtet sind: nicht freie Bürger, sondern in Wahrheit Unfreie und Knechte des omnipotenten Staates.“ Wurzel, Das juristische Denken, S. 33: „Das Recht verlor seinen Charakter eines tief im sozialen Leben begründeten Phänomens, es sank zum bloßen Gebote herab ... Auch die Jurisprudenz stieg von der stolzen Höhe herab ... sie ist (nominell!) keine Sozialwissenschaft mehr, sondern eine Wissenschaft des Gehorsams, des Befehlebefolgens. Der Jurist ist ein Gehorsamskünstler geworden.“ Vgl. auch Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, S. 7f.

[21]) Bekker, a. a. O. S. 60: „Es darf auch nicht verkannt werden, daß ... Gewohnheiten wider das Handelsgesetzbuch durchdringen können, und daß es überhaupt kein Mittel gibt, einen gesetzgeberischen Willen unverändert aufrecht zu halten, wo Volk und Gerichte zur Abänderung sich die Hände reichen.“

Sie muß mit den Mitteln, die überhaupt sozialen Problemen gegenüber verwendet werden, aufzuklären suchen, aus welchen Wurzeln dieses lebendige Recht erwachsen ist. Nur äußerst selten wird dabei die staatliche Anordnung der alleinige Nährboden sein, dem das Recht entsprießt.

Wenn die Rechtswissenschaft in diesem Sinne verfährt, so ist es ihr nur um die Erkenntnis des Seienden und des Gewordenen zu tun, nicht um irgend einen praktischen Zweck, nicht darum, dem Richter Anleitungen zu geben, wie er einen Prozeß entscheiden soll. Aber natürlich wird auch die sozialwissenschaftliche Jurisprudenz[22], wie jede andere theoretische Wissenschaft, Einfluß auf das Leben gewinnen. Sie wird z. B. sehr wertvoll sein für den Gesetzgeber. Es ist ungemein wichtig zu wissen, welches Gesetz und inwieweit ein Gesetz Aussicht hat, faktische Geltung zu erlangen. Ist sich der Gesetzgeber über die Grenzen seiner Macht klar, so wird er äußerst vorsichtig zu Werke gehen. Er wird die freie Betätigung der dem Gesetze unterworfenen Personen und Behörden nur soweit als nötig einschränken, wenn er weiß, daß eine allzustarke Bindung an das Gesetz die Nichtbeachtung des Gesetzes zur Folge hat. Indessen dürfte gerade die praktische Seite der sozialwissenschaftlichen Jurisprudenz bei vielen Anstoß erregen. Die Rechtssicherheit, die wir mühsam erlangt haben, scheint dabei ver-

---

[22]) Die „sozialwissenschaftliche“ Jurisprudenz ist natürlich mit der „sozialen“, d. h. derjenigen, welche von sozialpolitischen Ideen erfüllt ist, nicht zu verwechseln. Wohl aber ist sie mit der „soziologischen“ Jurisprudenz identisch. Ich ziehe den Ausdruck „sozialwissenschaftlich“ vor, weil die Soziologie, mag man sie wie immer auffassen, doch nur sozialwissenschaftlich vorgehen kann. Die „soziologische Methode“, welche Fuchs, Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz, propagiert, ist nicht eine Methode der wissenschaftlichen Behandlung des Rechts, sondern eine Methode der Rechtsprechung. — Mitunter wird die Ansicht vertreten, das Recht müsse „naturwissenschaftlich“ erforscht werden. Seltsamerweise wurde sogar die Begriffsjurisprudenz als „naturhistorische“ Richtung bezeichnet (vgl. die kritischen Bemerkungen Pfersche's, Methodik der Privatrechtswissenschaft, S. 52 ff.). In der Regel spricht sich aber in der Forderung einer „naturwissenschaftlichen“ Behandlung des Rechts gerade die Unzufriedenheit mit der deduktiven Begriffsjurisprudenz aus. Nur wird dabei übersehen, daß die sozialen Erscheinungen und Vorgänge eine andere wissenschaftliche Behandlung erfordern als diejenigen Probleme, mit denen sich der Naturforscher beschäftigt.

loren zu gehen. Wenn der Richter einmal weiß, daß das Recht auch vom Gesetze abweichen kann, so wird er darin einen Freibrief erblicken, um seine Entscheidungen nach Gutdünken zu fällen. Wir hören ja oft genug, daß die moderne Richtung den Voluntarismus des Richters und der Wissenschaft zur Folge haben muß. Der richterlichen Willkür Vorschub zu leisten, wäre gewiß äußerst bedenklich. Auf diesen Punkt ist noch näher einzugehen.

Ich will mich nicht mit der Bemerkung begnügen, daß die voraussetzungslose Wissenschaft das, was ist, ergründen muß ohne Rücksicht auf die praktische Bedenklichkeit oder Gefährlichkeit ihrer Lehren. Denn wenn ich auch dieses Argument für durchaus richtig halte, so genügt es doch nicht, um ängstliche Gemüter zu beruhigen. Aber ist denn unserer heutigen Theorie, Gesetzgebung und Praxis der Gedanke, daß das richterliche Urteil nicht durch das Gesetz allein determiniert wird, vollkommen fremd? Welchen Erwägungen entspringt denn die Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit des Richters? Bringt das Staatsgrundgesetz damit nicht zum Ausdruck, daß ein von der Regierung abhängiger Richter in manchen Fällen anders urteilen würde als ein in seinem Amte gegen administrative Maßregeln sichergestellter Richter? Und liegt nicht in der Einsetzung der Geschworenengerichte ein ganz auffallendes Mißtrauen gegen den Berufsrichter, ein Mißtrauen, welches zur Folge hat, daß man auf die Rechtskenntnisse des Richters geradezu verzichtet? Niemand wird behaupten wollen, daß sich das Urteil des Geschworenengerichts enger an das Gesetz anschließt als das des Beamtengerichts. Blicken wir auf die Praxis, so finden wir da die sehr eigentümliche Einrichtung von Spruchrepertorien und Judikatenbüchern. Streng genommen widerspricht die Sorge für die Einheitlichkeit der Rechtsprechung dem Gesetze. Der Richter ist auf das Gesetz beeidigt. Er hat nach bestem Wissen und Gewissen, jedenfalls aber auf Grund seiner eigenen Überzeugung Recht zu sprechen. Stimmt die Judikatur mit dem Gesetze überein, so ist ihre Kenntnis für den gesetzestreuen Richter entbehrlich. Widerspricht sie dem Gesetze, so ist sie für ihn nicht maßgebend. Trotzdem zeigt die Praxis, die sich eben von doktrinären Erwägungen freihält,

die offensichtliche Tendenz, den Richter in der Auslegung der Gesetze dadurch zu beeinflussen, daß sie ihm Präjudikate vor Augen hält. Der Richter soll selbst dann, wenn das Gesetz eine andere Deutung zuläßt, wenn möglich geradeso entscheiden wie andere Richter vor ihm. Nebenbei bemerkt, zeigt das Sammeln von Präjudikaten, daß das certum ius nicht schon durch die Gesetzgebung erreicht wird, sondern mitunter gegen das Gesetz, auf Kosten des Gesetzes. Würde der einzelne Richter bloß nach dem Gesetze zu entscheiden haben, so wären wir vom certum ius noch viel weiter entfernt, als wir es tatsächlich sind. Erst der Zusammenhang der erkennenden Gerichte und das Bewußtsein dieses Zusammenhangs ermöglicht eine Übereinstimmung der Judikatur. In der Zeit des volkstümlichen, ungesetzten Rechts mußte die Einheitlichkeit der Rechtsprechung nicht erst künstlich erzielt werden. Damals liefen Rechtsbildung und Rechtsprechung vollkommen parallel.

Was ich bisher vorgebracht habe, waren aber freilich nur argumenta ad hominem. Von entscheidender Bedeutung ist die Erkenntnis, daß die Antithese: strenge Bindung des Richters an das Gesetz oder richterliche Willkür durchaus verfehlt ist.[23]) Gibt es wirklich keine anderen Momente, welche das Urteil des Richters bestimmen können, als das (Staats-) Gesetz? Die Gesetzmäßigkeit aller psychologischen und sozialen Vorgänge gilt doch auch für den Richter und die Rechtsprechung. Das Urteil des Richters ist bedingt durch seine Vorbildung, durch seine Erfahrung, durch seine juristischen, wirtschaftlichen, politischen, nationalen, ethischen, religiösen Vorstellungen, Anschauungen und Überzeugungen.[24]) Er steht überdies mitten drin

---

[23]) Jung, a. a. O. S. 46: „Weil das Ideal der Aufklärungszeit oder auch des Absolutismus nicht erreichbar war, nämlich den Richter zur Maschine zu machen, ist noch nicht das andere Extrem gegeben, daß er frei, d. h. willkürlich so oder so entscheiden könnte . . . . Der Einzelne ist, auch wo er nicht an äußerlich mitteilbare Formen seiner Sozialpsyche gehalten ist, doch durch Abstammung, Erziehung und Einflüsse der Mitlebenden ein Produkt und Teil dieser Sozialpsyche."

[24]) Die Hexenverfolgungen haben aufgehört, ehe noch die Gesetzgebung das Verbrechen der Zauberei beseitigte (Liszt, Lehrb. d. deutsch. Strafrechts, § 6). Die Praxis war dabei durch Thomasius beeinflußt, welcher forderte, „daß alle Hexenprozesse einzustellen seien, sei es nun durch fürstliches Macht-

in einem großen Organismus, als dessen Glied er sich fühlt, und sein naturgemäßes Bestreben muß es sein, den Zusammenhang mit den übrigen Gliedern zu wahren. Wer sozialwissenschaftlich geschult ist, der weiß, daß auch dem ungeübten Blick als willkürlich erscheinende Vorgänge, wie z. B. die Preisbildung, durchaus nicht willkürlich sind, sondern bestimmten Gesetzen unterliegen. Und gerade die Rechtsprechung sollte sich willkürlich gestalten, wenn und soweit nicht von außen her ein Zwang auf den Richter ausgeübt wird? Wenn wir den Gründen nachgehen, warum sich die Rechtsprechung vom Gesetz entfernt, so können wir die überraschende Wahrnehmung machen, daß es sich dabei durchaus nicht um richterliche Willkür handelt, sondern gerade um das Gegenteil. Der Richter ist hier durch die Macht der Verhältnisse in seiner Rechtsprechung derart gebunden, daß er nicht die nötige Freiheit hat, um im Sinne des Gesetzes zu entscheiden. Einen interessanten Beleg bietet hiefür die Handhabung des außerordentlichen Milderungsrechts durch die österreichischen Strafgerichte. Während von diesem Milderungsrecht nach dem Gesetze nur ausnahmsweise Gebrauch zu machen ist, hat sich die Praxis seiner bemächtigt, um auf diesem Wege die Strafsätze des Strafgesetzes überhaupt zu ermäßigen.[25]) Es gelten bei uns tatsächlich

---

wort, sei es durch Einsicht der Richter, welche unmöglich, auch nach bestehenden Gesetzen, ein nicht bestehendes Delikt zu strafen gezwungen sein können" (Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, III. Bd., 1. Abt., S. 92). Wer wollte leugnen, daß auch im heutigen Recht die religiösen Anschauungen des Richterstandes für die Frage maßgebend sind, was als Gotteslästerung aufzufassen ist? Die österreichischen Strafrechtslehrer (Wahlberg, Finger, Lammasch) gehen in ihren Ansichten darüber, welche Gottesidee dem § 122a StG. zugrunde liegt, auseinander. — Die wissenschaftliche Überzeugung davon, daß es kein Naturrecht gibt, hat zur Ignorierung des Schlußsatzes des § 7 abGB., die große Umwälzung in den wirtschaftlichen und ethischen Anschauungen zu einer neuen Judikatur in Schadensersatzsachen geführt.

[25]) Überdies kommt in Betracht, daß sich selbst dort, wo das außerordentliche Milderungsrecht nicht gehandhabt wird, die vom Richter verhängten Strafen in der Nähe des Strafminimums bewegen. „Die Maxima der Strafen, ja selbst die mittleren Strafsätze sind außer Gebrauch gekommen" (Finger, Österr. Strafrecht, I. Bd., 2. Aufl., S. 409). — Lammasch (Grundriß des Strafrechts, 2. Aufl., S. 49) hat die Tendenz der Praxis geradezu dem Gesetze zugeschrieben: „Mit

nicht die harten Strafsätze des in Wahrheit aus dem Jahre 1803 stammenden Strafgesetzes. Der Richter verhängt viel mildere Strafen und nur äußerlich beruft er sich dabei auf das Gesetz, indem er vorgibt, das außerordentliche Milderungsrecht anzuwenden. Eine regelmäßige Anwendung des außerordentlichen Milderungsrechtes ist ja ein lucus a non lucendo. Das Justizministerium ist dieser Praxis wiederholt entgegengetreten und hat den Richter auf das Gesetz verwiesen.[26]) Der Erfolg ist ausgeblieben und mußte ausbleiben. Denn es ist ganz ausgeschlossen, daß wir zu den Strafsätzen des Gesetzes wieder zurückkehren. Die Rechtsprechung ist nur den Anschauungen der Zeit gefolgt und von ihnen beeinflußt gewesen, als sie die Strafen gemildert hat. Nicht hierin lag die richterliche Willkür, sondern Willkür wäre es, nunmehr einem weltfremden Doktrinarismus zuliebe das Gesetz wieder zu Ehren zu bringen. Wir würden es sicherlich als bitteres Unrecht empfinden, wenn einen Angeklagten heute nur deshalb die volle Schwere des Gesetzes träfe, weil er einen Richter gefunden hat, der sich an das Gesetz und nicht an die Praxis halten will. Was hier besonders kraß in die Erscheinung tritt, das gilt ganz ebenso in anderen Fällen einer dem Gesetze zuwiderlaufenden Praxis. Die „richter-

---

Rücksicht darauf, daß die Strafsätze unseres Gesetzbuchs aus einer Zeit stammen, welche Verbrechen mit weit größerer Strenge beurteilte, als die gegenwärtige, läßt das geltende Recht . . . durch das außerordentliche Milderungsrecht auch ein Herabgehen unter das Minimum des . . . angedrohten Strafsatzes zu." Tatsächlich war aber das außerordentliche Milderungsrecht schon dem Strafgesetze von 1803 bekannt.

[26]) Just.-Min.-Erl. vom 14. April 1853, Z. 3919, vom 13. November 1859, Z. 17.803 und vom 17. Mai 1902, Z. 296. Schon Hye (Das österr. Strafgesetz, 1855, I. Bd., S. 615 f.) beklagt die gesetzwidrige Praxis: „Man pflegte früherhin sehr häufig den § 48 des früheren Gesetzes . . . und hie und da leider auch jetzt noch den § 54 des neuen Gesetzes statt als Ausnahme vielmehr als Regel in Betracht zu ziehen." „Man praktizierte auf diesem Wege — durch mißbrauchsweise und maßlose Ausbeutung der im § 54 ausgesprochenen Milde und Humanität des Gesetzgebers — die ernste Drohung und die gerechte Strenge des Strafgesetzes zur Illusion herab und zerstört damit zugleich die Gerechtigkeit und Kommensurabilität des gesetzlichen Strafensystems!" „Möchte dieser . . . Vorgang . . . keine Nachahmung finden, sondern vielmehr zur Warnungstafel dienen, in welches Labyrinth von Verirrungen und Ungerechtigkeiten der Richter gerate, wenn er irgendwie — den Boden des Gesetzes verläßt!" Vgl. auch S. 639 f.

liche Willkür" wird man niemals als zutreffende Erklärung einer solchen Praxis gelten lassen können.[27])

Darum brauchen wir uns wohl vor den praktischen Folgen der sozialwissenschaftlichen Jurisprudenz nicht zu fürchten, zumal gerade sie uns erst das Verhalten des Richters im richtigen Lichte erscheinen läßt. Die hergebrachte juristische Theorie hat ja immer den einzelnen Richter dem Gesetze gegenübergestellt, wärend es die Sozialwissenschaft niemals mit dem isolierten Individuum, sondern stets mit Menschengruppen zu tun hat, die mitten im Leben stehen und von diesem unausgesetzt beeinflußt werden. Und auch das braucht uns nicht anzufechten, daß sich die Forderung, das Recht sozialwissenschaftlich zu untersuchen, gegen das Monopol der bisherigen Methode der Rechtswissenschaft richtet. So oft jemand im Laufe der Zeiten auf die Notwendigkeit hingewiesen hat, die Methode einer Wissenschaft zu ändern, hat es freilich immer konservative Männer gegeben, die es für ein selbstmörderisches Beginnen gehalten haben, die bisherigen Pfade der Forschung zu verlassen, um auf neuen Wegen einem ungewissen Erfolge nachzustreben. Die Erfahrung hat ihnen aber niemals Recht gegeben. Gerade die Geschichte der Rechtswissenschaft bietet hiefür Belege genug. Ich verweise nur darauf, wie schwer sich die Forderung durchgesetzt hat, das Recht systematisch zu behandeln. Die konservativen Rechtslehrer, die gewohnt waren, ihre Ausführungen an die einzelnen Quellenstellen anzulehnen, haben gegen ein so gewagtes Unternehmen energisch Stellung genommen. Und heute würden wir es für unwissenschaftlich halten, wenn sich die Theorie ihr System vom Gesetze aufzwingen ließe. Immer liegt die Bürgschaft für das Gedeihen

---

[27]) Ich verkenne trotzdem nicht die Möglichkeit und die Gefahren einer „impressionistischen" Rechtsprechung (Wellspacher, a. a. O. S. 10). Aber auch eine solche Rechtsprechung wäre nicht auf irgendwelche gefährliche Theorien oder auf richterliche Willkür zurückzuführen, sondern sie wäre nur eine Folge- oder Teilerscheinung der impressionistischen Modekrankheit, welche, von der Kunst ausgehend, andere Gebiete des geistigen und sittlichen Lebens erfaßt. Der Richter steht eben mitten drin in der Kultur seiner Zeit und partizipiert an allen ihren Vorzügen und Fehlern. Ein aus dem Kulturzusammenhang herausgerissener Richterstand wäre nicht einmal zu wünschen.

einer Wissenschaft in ihrer Fähigkeit, sich zu verjüngen und neuen Anforderungen, die an sie gestellt werden, Rechnung zu tragen.[28]) Nur scheinbar werden dabei die Ergebnisse der bisherigen Forschung bei Seite geschoben. In Wahrheit wirkt die Lebensarbeit der früheren Generationen auch bei geänderter Methode in den Werken der Epigonen nach. Halten wir darum nicht ängstlich fest an den „gesicherten" Resultaten der bisherigen Wissenschaft, sondern seien wir dessen eingedenk, daß dem unaufhörlich sich erneuernden Recht auch eine in stetem Flusse befindliche Theorie entspricht! Das lebendige Recht verlangt eine lebendige Wissenschaft.

---

[28]) Diese Fähigkeit bewährt gerade in unseren Tagen jener Zweig der Rechtswissenschaft, der von jeher für alle anderen vorbildlich war: die Wissenschaft des römischen Rechts. Die Romanisten sind zu der Erkenntnis gelangt, daß das römische Recht „auch nicht annähernd so, wie es überliefert ist, je in den Grenzen des römischen Reichs gegolten hat" (Ehrlich, Freie Rechtsfindung, S. 6). Es handelt sich heute darum, das nationalrömische Recht „von der byzantinischen Inkrustation zu befreien", und hiebei stehen wir, wie der jüngste Bearbeiter des römischen Privatrechts sagt, „zum großen Teil noch am Anfang" (Mitteis, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, I. Bd., S. VII). „Die älteren Werke sind überholt und muten in ihrem orthodoxen Echtheitsglauben fast befremdend an" (ebd., S. VIII). Der Eifer, der jetzt der Erforschung des wirklichen römischen Rechts gewidmet wird, kann und muß dazu anspornen, auch das geltende Recht nicht bloß durch das Medium des Gesetzes zu beobachten.